



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 11 de abril de 2014, ha examinado el *procedimiento de rescate de la concesión del contrato de servicio suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.A.*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 27 de marzo de 2014, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de rescate de la concesión del contrato de servicio suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.A., relativo a la explotación del suministro de agua para abastecimiento de la urbanización de xx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 27 de marzo de 2014, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 129/2014, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Castilla y León aprobado por Resolución de 5 de febrero de 2014 de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 10 de julio de 2002 la Confederación Hidrográfica del xx2 otorga al Ayuntamiento de xxxx el aprovechamiento de aguas superficiales del río xx2.



Por Acuerdo de 29 de noviembre de 2002 se saca a licitación pública, mediante concurso que se anuncia en el Boletín Oficial de la Provincia de xxxx2 de 19 de diciembre, la explotación del servicio de abastecimiento de agua de la Urbanización de xx1 con ejecución de obra. Por Acuerdo de 25 de febrero de 2003 se adjudica al único licitante, qqqq, S.A., por un período de 50 años. Posteriormente es transmitida a qqqq2 por Acuerdo del Pleno de 16 de marzo de 2006.

Esta concesión obedeció a la necesidad de los promotores de xx1 de tener un abastecimiento apto para el consumo humano y a costes razonables, dado que es necesario disponer de una fuente que garantice el abastecimiento a la urbanización conforme a la previsión de las viviendas y servicios del Plan Parcial, teniendo en cuenta el avance del desarrollo de la urbanización y con el objeto de mejorar la solución prevista inicialmente en el proyecto de urbanización para suministro de agua de aquélla.

La cláusula primera del pliego de condiciones que rigen la concesión de los derechos de explotación del servicio de suministro de agua para abastecimiento de la urbanización xx1 establece: "Constituye el objeto de esta concesión, los derechos de explotación del servicio de suministro de agua, para abastecimiento de la urbanización de xx1, dentro del término municipal de xxxx, proveniente de la concesión de aguas superficiales que el Ayuntamiento de xxxx dispone en el río xx2.

»La entidad adjudicataria podrá disponer hasta 41,8 l/s (caudal continuo del día medio del año) y hasta 80,0 l/s (caudal medio del día del año más desfavorable), del caudal concedido en la captación, de la que es titular el Ayuntamiento de xxxx. Por su parte el Ayuntamiento de xxxx se reserva el derecho a poder utilizar, a través de sus propias canalizaciones, el resto del caudal concedido por la CH del xx2, para el suministro de agua potable a otras zonas del municipio".

Segundo.- Según el Ayuntamiento, las circunstancias que motivaron la concesión han cambiado sustancialmente, pues en aquel momento el núcleo de población de xxxx, de unos 1.700 habitantes, se abastecía de unos pozos en el paraje el xx3. Hoy en día el número de habitantes ha ascendido a más de 4.700 que se distribuyen en varios núcleos de población, además de la existencia de un polígono industrial y de nuevas zonas residenciales que demandan un



adecuado servicio de abastecimiento de agua, por lo que el Ayuntamiento viene obligado a disponer de toda la concesión para garantizar el servicio público de abastecimiento de agua.

Por ello el Ayuntamiento considera necesario que se realice una gestión directa del servicio de abastecimiento de agua, que redundará también en una disminución de costes, por lo que tras los informes del arquitecto municipal de 21 de abril de 2008, del ingeniero técnico de medio ambiente de 18 de julio de 2012, del interventor de 20 de julio de 2012 y del Servicio de asesoramiento de la Diputación de 18 de diciembre de 2012, inicia un procedimiento de rescate por Acuerdo de 25 de noviembre de 2012, al haber resultado fallido el Acuerdo de 30 de julio de 2012, adoptado previamente, de resolución amistosa del contrato.

El procedimiento de rescate iniciado por Acuerdo de 25 de noviembre de 2012 caducó, al no haberse resuelto en plazo.

Tercero.- Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 26 de diciembre de 2013 se inicia un nuevo procedimiento de rescate de la concesión del servicio de abastecimiento de agua a la Urbanización xx1 a qqqq2.

Se concede al contratista un plazo de diez días para que formule las alegaciones que a su derecho convenga y se ordena a los servicios técnicos municipales la emisión de un informe de valoración en el que se actualicen las indemnizaciones que deba percibir el concesionario, así como la emisión de informes por el secretario y el interventor del Ayuntamiento.

El 30 de diciembre el secretario del Ayuntamiento emite informe sobre el procedimiento a seguir para el rescate de la concesión y el 3 de enero de 2014 se emite el informe sobre la valoración de las inversiones pendientes de amortizar, que ascienden a 131.396,58 euros.

El 20 de enero tiene entrada en el registro del Ayuntamiento alegaciones del representante de la empresa adjudicataria del servicio de explotación de suministro de agua para la urbanización de xx1, en las que se opone al rescate de la concesión, pues considera que el acuerdo de aprobación inicial carece de motivación necesaria y preceptiva, lo que le causa indefensión.



Cuarto.- El 14 de febrero de 2014 se emite informe sobre la valoración y el precio de rescate de la concesión que asciende a 147.627,89 euros, de los cuales 131.396,58 euros corresponden al valor de las amortizaciones pendientes en infraestructuras y 16.231,31 al lucro cesante.

Quinto.- El 27 de febrero de 2014 se formula propuesta de acuerdo de rescate del servicio de abastecimiento de agua a la urbanización xx1 a qqqq2 con una cuantía fijada en 147.627,89 euros y se concede trámite de audiencia al contratista. Asimismo se acuerda la suspensión del plazo para resolver, de conformidad con lo establecido en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El 8 de marzo el contratista presenta alegaciones en las que se opone al rescate de la concesión.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en apartado tercero 1.f), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable, tal y como se recoge en el pliego de cláusulas que rige el contrato, viene determinada fundamentalmente, además de por dicho pliego, por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, en adelante TRLCAP, (norma aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del texto refundido Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre,



en adelante TRLCSP) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLACP).

Por su parte, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio. Así resulta de lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ("A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior"), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece la disposición final tercera del TRLCSP.

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP; en este caso, al Pleno del Ayuntamiento de xxxx.

Se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 109.1 del RGLACP para la resolución del contrato: "La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

»a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

»b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

»c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.

»d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista".



3ª.- El presente dictamen tiene por objeto determinar si procede el rescate del servicio suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.A., relativo a la explotación del suministro de agua para abastecimiento de la urbanización de xx1.

El rescate, en cuya virtud la Administración adjudicataria decide, por razones de interés público, la extinción anticipada de una concesión para gestionar directamente el servicio, es una de las causas por las que puede resolverse el contrato de gestión de servicios públicos, según determina el artículo 167 del TRLCAP.

Se entiende por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular. Constituye, pues, una forma excepcional de terminación del contrato de concesión que tiene su fundamento en la potestad exorbitante que la Administración puede concederse para acortar el plazo estipulado, lo que supone como regla general una forma de expropiación posible para la entidad concedente.

Si bien el rescate se concibe dentro del ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, toda potestad discrecional tiene unos elementos reglados que son la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para ejercerla y el fin público que se persiga.

El artículo 168.2 del TRLCAP dispone que por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente. No es preciso, por tanto, que para que se produzca el rescate de una concesión se hayan producido incumplimientos por parte del concesionario, sino que basta que existan razones de interés público.

Si bien no se concibe únicamente como razón de interés público su mención, sino que es preciso su justificación, de tal modo que el Ayuntamiento deberá ponderar en su decisión el interés público que exige el rescate de la concesión y que, en este caso, fundamenta en el incremento de la población y la repercusión económica que el rescate supone para la entidad local, a falta de 39 años para la terminación del contrato (se formalizó el 25 de febrero de 2003 con una duración de 50 años), habida cuenta que se ha de indemnizar el lucro cesante y la amortización de las obras ejecutadas por el concesionario.



Tal y como pone de manifiesto el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen nº 50.197 de 21 de mayo de 1987: "Por todo ello bien puede decirse que el rescate exige para su viabilidad la apreciación del interés público de su procedencia, que ha de quedar debidamente acreditada a juicio de la Administración actuante en el procedimiento y, naturalmente, la indemnización que resulte pertinente.

»En cuanto a la exigencia del interés público es obvio que no bastaría una abstracta invocación de su concurrencia que sin mayor precisión afirmaran los órganos instructores e informantes: al contrario, esta invocación ha de quedar suficientemente justificada en términos razonables siempre que se pretenda su aplicación".

En la documentación que obra en el expediente no se pone de manifiesto la existencia de una razón de interés público debidamente motivada que haga innecesario o inconveniente el mantenimiento de la vigencia del contrato. En el informe de la Intervención de 20 de julio de 2012 se hace referencia a anteriores informes de la Intervención de 8 de agosto de 2008 y 8 de septiembre de 2009, que deberían incorporarse a este expediente.

Así mismo es conveniente que se incorpore la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 29 de diciembre de 2011 en la que se desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de xxxx y la ejecución de la Sentencia recaída, solicitada por el Presidente de la Confederación Hidrográfica del xx2.

El hecho alegado por el Ayuntamiento del cambio de las condiciones que justifican el rescate de la concesión, es el incremento de la población de 1.700 a 4.700 habitantes, por lo que el Ayuntamiento viene obligado a disponer de toda la concesión para garantizar el servicio público de abastecimiento de agua, que es un servicio esencial y obligatorio. Esta razón no parece suficiente en el estado actual del procedimiento para acudir a la formulación jurídica del rescate de concesión, pues estas circunstancias podrían fundamentar una posible modificación del contrato, siempre que se den las circunstancias establecidas en el artículo 101 del TRLCAP. De acuerdo con este precepto, perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público, si se deben a nuevas o imprevistas necesidades y



previa justificación en el expediente, que deberán formalizarse conforme al artículo 54 y una serie de formalidades especiales si las mismas implican alteración igual o superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, siempre que éste sea igual o superior a 6.010.121,04 euros.

Ya dentro de la regulación específica del contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 163 del TRLCAP, en cuanto a la modificación, establece, en términos similares a los generales ya analizados, que la Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios y que si las modificaciones afectan al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

Por último, hay que reseñar que se ha omitido el dictamen de la Comisión Informativa. Conforme establece el artículo 123 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre: "Las Comisiones Informativas, integradas exclusivamente por miembros de la Corporación, son órganos sin atribuciones resolutorias que tienen por función el estudio, informe o consulta de los asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión del Pleno y de la Comisión de Gobierno cuando ésta actúe con competencias delegadas por el Pleno, salvo cuando hayan de adoptarse acuerdos declarados urgentes".

Es en este trámite cuando podrían considerarse, por el principio de buena administración, los intereses plurales de los vecinos que vayan a estar afectados por tal decisión, aunque como establece el artículo 126 del citado texto normativo: "Los dictámenes de las Comisiones informativas tienen carácter preceptivo y no vinculante.

»En supuestos de urgencia, el Pleno o la Comisión de Gobierno podrá adoptar acuerdos sobre asuntos no dictaminados por la correspondiente Comisión Informativa, pero, en estos casos, del acuerdo adoptado deberá darse cuenta a la Comisión Informativa en la primera sesión que se celebre. A propuesta de cualquiera de los miembros de la Comisión Informativa, el asunto deberá ser incluido en el orden del día del siguiente Pleno con objeto de que



éste delibere sobre la urgencia acordada, en ejercicio de sus atribuciones de control y fiscalización”.

La falta de este dictamen, o la de justificar la urgencia que hubiese permitido al Pleno adoptar el acuerdo sin haber oído el informe de la correspondiente Comisión supone una clara infracción de las reglas del procedimiento, que, si bien no cabe entender que se trate de una falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, lo que acarrearía su nulidad radical conforme el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, constituye un defecto que neutralizará el Acuerdo adoptado si ha causado indefensión al recurrente.

Tampoco puede entenderse relevante a los efectos de justificar la figura del rescate de concesión la apelación a posibles dificultades de gestión con causa en la condición minoritaria en que quedaría la concesionaria, aspecto éste que podría solucionarse a través de adecuados mecanismos societarios de colaboración y participación.

Del mismo modo y en función de lo establecido en el artículo 97.2 del TRLCAP, tampoco se ha concedido trámite de audiencia a la entidad urbanística de conservación de xx1 y qqqq3, titular del campo de golf, cuyos intereses se ven afectados a tenor de lo establecido en el pliego que rige la concesión, que en el apartado referente a deberes y facultades del concesionario establece que “(...) el cesionario podrá renunciar en cualquier momento a la concesión sin que exista ningún tipo de penalización. Únicamente lo tendrá que comunicar al Ayuntamiento de xxxx y al Ente Urbanístico de conservación con una antelación de seis meses. A partir de dicho momento el Ente Urbanístico volverá a asumir la obligación de gestionar el servicio de mantenimiento y suministro de agua”.

Entre qqqq3 y qqqq2 se han formalizado una serie de acuerdos que el Ayuntamiento conoce, por los que qqqq3 adquiere una serie de derechos como que qqqq2 le pagará una cantidad correspondiente al 75% de su beneficio de explotación anual, en concepto de canon por la explotación de dicha actividad, durante todo el período que rige la concesión pactando una indemnización a qqqq3 en el caso de resolución de la concesión antes del plazo.

Por todo lo expuesto este Consejo Consultivo carece de elementos de juicio suficientes para pronunciarse en el estado actual de la tramitación sobre



el rescate de la concesión de contrato de servicio suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.A., relativo a la explotación del suministro de agua para abastecimiento de la urbanización de xx1.

Una vez que se hayan realizado las audiencias y los trámites indicados en el presente dictamen deberá redactarse una nueva propuesta de resolución en la que se hagan constar dichas actuaciones y la remisión a este Consejo Consultivo de una nueva propuesta de resolución. Todo ello con la advertencia de caducidad del procedimiento, cuyo plazo para resolver y notificar teniendo en cuenta la facultad de suspensión del artículo 42.5.c) de la que se ha hecho uso, finaliza el 26 de junio de 2014.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

En el estado actual del procedimiento, no procede emitir dictamen sobre el procedimiento de rescate de la concesión de contrato de servicio suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y qqqq, S.A., relativo a la explotación del suministro de agua para abastecimiento de la urbanización de xx1.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.